



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DOCUMENTO DE TRABAJO N°9

**La importancia de los grupos en el
comportamiento juvenil.
Especial consideración
con la pluralidad de malhechores
del Art. 456 *bis* N° 3 del Código Penal**

Raúl Carnevali / Eva Källman

Abril 2007

Consulta sobre este documento a:
udpj@defensoriapenal.cl

Unidad de Defensa Penal Juvenil

1. Introducción

Se nos ha solicitado un pronunciamiento en Derecho acerca de cómo la actuación en grupos de jóvenes infractores debe ser valorada para determinar si se configura la circunstancia agravante contemplada en el Art. 456 *bis* N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores.

Este informe pretende demostrar que uno de los rasgos más frecuentes de la actuación juvenil, incluyendo los comportamientos delictivos, es la especial relevancia que tiene, tanto en la etapa de la niñez como en la adolescencia, la conformación y participación en los llamados grupos de pares. Particularidad ésta, en las conductas de los menores, que debe ser considerada a la hora de precisar si se estructura la agravante del Art. 456 *bis* N° 3 del Código punitivo. Con lo anterior, se quiere significar que el juzgador debe prestar especial atención a las modalidades que adoptan las conductas juveniles, no pudiendo darles el mismo sentido y alcance que si estas mismas fueran realizadas por adultos.

Este trabajo se divide en tres partes. La primera se dirige a precisar la importancia que para los menores tiene la integración en grupos de pares —*peer groups*—. Allí se explica las funciones que tales grupos cumplen y cómo éstos influyen, de manera determinante, en los comportamientos juveniles. Es decir, no es posible disociar la actuación en grupos y su influencia con la conducta individual.

En la segunda parte, se analiza la circunstancia agravante del Art. 456 *bis* N° 3 del Código Penal, escudriñando cada uno de sus elementos. Con ello se procura definir cuál es su *ratio legis*.

En la última parte de esta investigación se pretende exponer, sobre la base de las argumentaciones expuestas, por qué el juez debe tomar en consideración las formas de comportamientos juveniles al momento de resolver si concurre o no la agravante en cuestión.

2. Comportamientos juveniles. La relevancia de los llamados grupos de pares

2.1. Cuestiones generales

La etapa de la niñez y de la adolescencia se caracteriza, fundamentalmente, por la pertenencia de los niños y adolescentes a grupos informales de jóvenes e incluso, en algunos casos, a grupos desviados o delictivos. Los grupos de pares juegan un papel esencial en el proceso de socialización de los adolescentes. Bajo la "socialización" se entiende hoy la totalidad de aquellos procesos en los que el ser humano, como ente individual se convierte en un miembro activo de una sociedad

y su cultura. A través de estos procesos el individuo obtiene su identidad como persona capaz de obrar en la sociedad¹.

Instancias de socialización son los grupos sociales —familia, grupos de pares—, las organizaciones —jardín infantil, colegios, universidades, empresas— y los medios de comunicación². Tanto el lenguaje, como los valores, las normas, los conocimientos y las habilidades constituyen esenciales instrumentos que juegan un papel determinante en la socialización de la personalidad.

La llamada *socialización primaria* de las personas se realiza, primordialmente, a través de los grupos primarios, como lo es, particularmente, la familia, mientras las *socializaciones secundarias y terciaria* se efectúan en los sistemas sociales secundarios —como jardines infantiles, colegios o empresas—³. Es así como, además de la familia, los grupos de pares o grupos de amigos⁴ —los llamados *peer groups*⁵— son una instancia de socialización muy importante⁶. La potencia socializadora de los *peer groups* incluso aumentó y ganó en importancia a partir de los procesos de fuerte industrialización que vivieron los países, especialmente a partir de la segunda parte del siglo XVIII⁷.

De la psicología evolutiva sabemos que la importancia del grupo de pares crece en la adolescencia, convirtiéndose en el centro de la vida. Es, de algún modo, el mundo del joven. Los adolescentes pasan más tiempo con sus pares que solos o con sus propios padres⁸. A este respecto, debe tenerse en cuenta el debilitamiento

¹ HILLMANN, Karl-Heinz. *Wörterbuch der Soziologie*. 4ª ed. Stuttgart: Kröner, 1994. p. 805; FULCHER, James; SCOTT, John. *Sociology*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2003, p. 124.

² GIDDENS, Anthony. *Sociología*. Traducido por: ALBERO, Teresa; ALBORÉS, Jesús; BALBÁS, Ana; OLMEDA, José Antonio; REQUIENA, Miguel. Madrid: Alianza Editorial, 1991, p. 109 y ss; GELLES, Richard J.; LEVINE, Ann. *Sociología con aplicaciones en países de habla hispana*. 6ª ed. Atlapampa, Mexico: McGrill Interamericana Editores, 2000, p. 138.

³ HILLMANN, *Wörterbuch der Soziologie*, p. 806.

⁴ Concepto usado por ejemplo por VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. Según nuestra opinión, el término “grupos de amigos” es engañoso, en cambio el concepto “grupos de pares o “peer group” es más amplio, por no constituirse (sólo) por amigos sino que se caracteriza por contactos sueltos basados en la voluntad de los miembros. Ver VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. “Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (social development theories)”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. XIV Julio 2003, p. 135-158, p. 142.

⁵ La expresión “peer group” tiene su origen en la sociología juvenil norteamericana. HILLMANN, *Wörterbuch der Soziologie*, p. 659.

⁶ FULCHER/SCOTT, *Sociology*, p. 124; HURLOCK, Elisabeth B. *Desarrollo psicológico del niño*. Traducido por MORALES BELDA, Francisco Javier; GALLART CAPDEVILA, José María. 4ª ed. Mexico: McGraw-Hill, 1967. p. 430.

⁷ EISENBERG, Ulrich. *Jugendgerichtsgesetz*. München: C.H. Beck, 9ª ed., 2002, § 105 n.m. 19b.

⁸ PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos. *Psicología del desarrollo de la infancia a la adolescencia*. Traducido por RAMÍREZ MARINO, Gloria; GARCÍA RODRÍGUEZ, Yelka. 5ª ed. Santa Fe de Bogotá, Colombia: McGraw-Hill, 1992, p. 576; THORLINDSSON, Thorolfur; BERNBURG, Jon Gunnar. “Peer groups and substance use: examining the direct and interactive effect of leisure activity”. *Adolescence*. Sommer 2006, v. 41, nº 162. Research Library Core, p. 321-339, p.321; BERGER, Kathlen Strassen; THOMPSON, Ross A. *El desarrollo de la persona desde la Niñez a la Adolescencia*. Traducido por GUIJARRO, Xavier; CASTELLINO, Gemma. 4ª ed. Madrid: Médica Panamericana, 1997, p. 596.

actual de las instancias de control social más tradicionales, como son la familia y la escuela.

En general, el número de compañeros que un joven necesita aumenta con su edad. Mientras el pre-escolar, generalmente se encuentra feliz con sólo uno o dos compañeros, los contactos se van ampliando cuantitativamente con el comienzo escolar. La vivencia en la escuela rompe, definitivamente, el círculo familiar. Al final del ciclo básico se inicia el llamado “ganging” que experimenta un fuerte aumento hasta su punto más alto en la prepubertad (10-13 años)⁹ y pubertad¹⁰. En la segunda etapa del período escolar, el grupo de pares, en lo que concierne a las experiencias sociales, va adquiriendo cada vez más importancia frente a la familia. Éste corresponde a las condiciones psíquicas y mentales de esa edad¹¹. Es la fase de transición de la infancia a la vida adulta en que las relaciones —como veremos *infra*— juegan una parte vital, ayudándose mutuamente, de múltiples formas, a superar las tareas y las pruebas de la adolescencia¹².

2.2. El grupo de pares (peer group)

Se ha observado que entre la niñez y la adolescencia, los individuos suelen, respecto al aprendizaje de los estándares de grupo, orientarse más hacia aquellas personas con una edad parecida a la suya que hacia sus propios padres. Incluso, más tarde, las propias opiniones personales se ven influenciadas por el inmediato entorno social. Hay que considerar además, que junto a una vinculación etaria, los miembros del *peer group* tienen, en general, también un origen social similar y participan del mismo género.¹³

⁹ La prepubertad se caracteriza por la aparición de los caracteres sexuales secundarios (barba, vello púbico, mamas) hasta su funcionamiento, VERGARA, María de los Ángeles. “Psicología del adolescente. Aspectos distintivos edad juvenil”. Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en: <http://escuela.med.puc.cl/paginas/publicaciones/ManualPed/PsicolAdoles.html> (consultado el 16 de marzo de 2007).

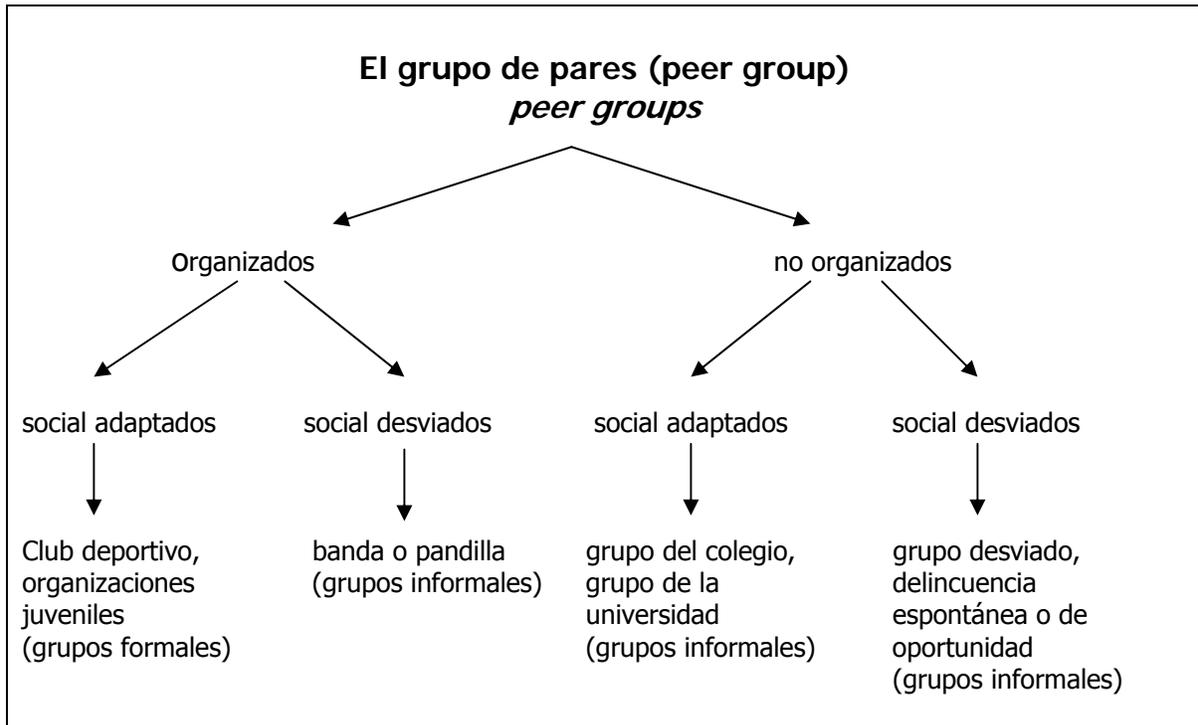
¹⁰ MUSSEN, Paul H. *Manual of Child Psychology*. New York, London, Sydney, Toronto: John Wiley & Sons, 3ª ed., 1970, p. 184; NICKEL, Horst. *Psicología del desarrollo de la infancia y de la adolescencia*. Traducido por ANTICH, Ismael. Barcelona: Herder, 1982, p. 432.

¹¹ MUSSEN, *Manual of Child Psychology*, p. 184.

¹² BERGER/THOMPSON, *El desarrollo de la persona*, p. 591.

¹³ FLORENZANO URZÚA, Ramón; VALDÉS CORREA, Macarena. *El Adolescente y sus conductas de riesgo*. Santiago: Universidad Católica de Chile, 3ª ed., 2005, p. 87; THERON, Alexander; RODIN, Paul; GORMAN, Bernard. *Psicología evolutiva*. Traducido por VILLARRUBIA CASTELERO. Madrid: Ediciones Pirámide, 1998, p. 356. NICKEL, *Psicología del desarrollo*, p. 433; HUTT, Max L.; GIBBY, Robert Gwyn. *El niño. Desarrollo y Adaptación*. Traducido por: ROIG Jaime. Calzada de Tlalpan, México: Continental, 1963, p. 373. COLEMAN, John C. “Friendship and Peer Group in Adolescence”. En: ADELSON, Joseph (editor). *Handbook of Adolescent psychology*. New York, Chichester, Brisbane, Toronto: John Wiley & Sons, 1980, p. 417 y s. Según HURLOCK, *Desarrollo psicológico del niño*, p. 426 y s., el niño de clase baja muchas veces ve imposibilitada su participación en las actividades sociales de los niños de clase media y, de esta forma, está obligado a seleccionar sus amigos principalmente en su propia clase social.

Existen, según el tipo de organización, grupos juveniles formales e informales, los que aparecen en todos los países del mundo occidental¹⁴. El grupo completo puede estar compuesto de individuos que difieren unos de otros, pero los amigos mutuos suelen ser bastante semejantes en rasgos de la personalidad¹⁵.



Fuente: SCHWIND, Hans-Dieter. *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*. Heidelberg: Kriminalistik-Verlag. 1998, p. 252.

2.3. Las funciones del grupo de pares

En primer lugar, el grupo de pares cumple una función de puente, es decir, se constituyen en un espacio de transición entre la familia y la sociedad —aspecto social— y entre la familia de los padres y la familia propia que conforma después —aspecto temporal—. Por lo tanto, y por regla general, la formación de grupos es un episodio limitado en el tiempo, aunque constituye una etapa muy relevante

¹⁴ NICKEL, *Psicología del desarrollo*, p. 439; FLORENZANO URZÚA/VALDÉS CORREA, *El Adolescente y sus conductas de riesgo*, p. 87.

¹⁵ HUTT/GIBBY, *El niño. Desarrollo y Adaptación*, p. 376.

para la vida del adolescente¹⁶. Usualmente, la asociación al grupo termina o su influencia disminuye con la constitución de una relación de pareja estable¹⁷.

La tarea probablemente más importante de la adolescencia es la búsqueda de la identidad, la pregunta para encontrar "quien soy yo en realidad"¹⁸. Los jóvenes necesitan desarrollar sus propios valores y averiguar sus habilidades y estar orgullosos de sus logros¹⁹, siendo un elemento principal la necesidad de llegar a ser independiente de los padres²⁰. Se dirigen a dejar la identidad de ser el "hijo o hija de la familia González" para establecer su propia identidad privada, pero, a la vez conservar sus lazos con sus padres y su familia²¹. Ese proceso de desvinculación se inicia en la segunda etapa del período escolar y alcanza su punto máximo en la pubertad²². En esta fase los jóvenes sienten, generalmente, una constante tensión entre la necesidad de alejarse de los padres y su dependencia de ellos. Junto con el distanciamiento progresivo de los padres y la ruptura con la familia, paralelamente, tiene lugar la búsqueda de nuevas relaciones. Por lo tanto, antes de que el joven llegue a ser independiente por completo, se va produciendo un cambio de la dependencia, que va desde los padres hacia los compañeros²³.

Los grupos de pares son instituciones sociales que permiten al adolescente, fuera de la mirada crítica de los adultos, practicar conductas sociales, habilidades y roles que contribuirán a su identidad personal²⁴. Para comenzar y mantener una relación los adolescentes deben aprender habilidades sociales adecuadas²⁵. Al mismo tiempo, deben desarrollar entre ellos estrategias para la solución de conflictos, las que son aprendidas en menor grado con los padres. En este

¹⁶ Escuela de Antropología Social de la Universidad Bolivariana. Informe final. Proyecto de investigación "Pandillas juveniles en la Región Metropolitana". Para Instituto nacional de la juventud. Mideplan. Santiago 1998; NICKEL, *Psicología del desarrollo*, p. 439; ECKERT, Roland; REIS, Christa; WETZSTEIN, Thomas. „Ich will halt anders sein wie die anderen“ – Abgrenzung, Gewalt und Kreativität bei Gruppen Jugendlicher. Opladen: Leske und Budrich, 2000, p. 427.

¹⁷ FLORENZANO URZÚA/VALDÉS CORREA, *El Adolescente y sus conductas de riesgo*, p. 88; NICKEL, *Psicología del desarrollo*, p. 439. La constitución de relaciones de parejas estables, la fundación de una familia propia son considerados como un factor inhibitorio. Por ejemplo, cuando la pareja desaprueba la actividad delictiva. Por todos, METTIFOGO, Decio; SEPÚLVEDA, Rodrigo. *Trayectorias de Vida de Jóvenes Infractores de Ley*. Serie de Estudios del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana. Disponible en: <http://www.inap.uchile.cl/cesc/publicaciones-estudios8.html>, p. 55 (consultado el 15 de marzo de 2007).

¹⁸ MUSSEN, *Manual of Child Psychology*, p. 560.

¹⁹ PAPALIA/OLDS, *Psicología del desarrollo de la infancia*, p. 560.

²⁰ PAPALIA/OLDS, *Psicología del desarrollo de la infancia*, p. 568.

²¹ PAPALIA/OLDS, *Psicología del desarrollo de la infancia*, p. 569.

²² NICKEL, *Psicología del desarrollo*, p. 432.

²³ COLEMAN, "Friendship and Peer Group in Adolescence", p. 409; PAPALIA/OLDS, *Psicología del desarrollo de la infancia*, p. 577.

²⁴ THERON/RODIN/GORMAN, *Psicología evolutiva*, p. 356; HUTT/GIBBY, *El niño. Desarrollo y Adaptación*, p. 374; FLORENZANO URZÚA/VALDÉS CORREA, *El Adolescente y sus conductas de riesgo*, p. 86; BORDUIN, Charles; SCHAEFFER, Cindy M. "Violent Offending in Adolescence: Epidemiology, Correlates, Outcomes, and Treatment". En GULLOTTA, Adams; MONTEMAYOR. *Delinquent Violent Youth. Theory and Interventions. Advances in Adolescent Development*. Thousand Oaks: Sage Publications, 1998, vol. 9, p. 98-128, citado por VÁSQUEZ GONZÁLEZ, "Predicción y prevención", p. 142.

²⁵ HUTT/GIBBY, *El niño. Desarrollo y Adaptación*, p. 375.

contexto, cabe señalar que los niños y adolescentes perciben mutuamente sus facultades, características especiales y atracciones personales, y de manera diferente a los adultos²⁶. Obtienen entonces la posibilidad de un aprendizaje social y autorrealización que, en esa forma, no le es otorgada por el ámbito familiar, escolar o la formación profesional. Por tanto, se puede ver el grupo como un importante factor en el desarrollo de las competencias sociales. Precisamente, es en esta edad, de transición entre la niñez y la adultez, donde los grupos ofrecen además, una sensación de pertenencia y un soporte emocional²⁷. Las normas del grupo constituyen un elemento determinante de orientación²⁸. Al asimilarse al grupo (vestimenta, música, lenguaje, modos de expresión) se sienten emocionalmente seguros y libres²⁹.

Especialmente cuando existen conflictos con los padres o cuando éstos no están presentes, la importancia de los grupos de pares puede crecer, incluso hasta convertirse en la influencia dominante³⁰. Ahora bien, aun cuando la pertenencia a un grupo de pares pueda considerarse normal e incluso, estimulante, hay que consignar que conlleva también riesgos. Es así que en un entorno problemático los grupos de pares pueden causar en el adolescente una influencia perjudicial, hasta llegar a incentivar comportamientos sociales desviados e incluso delictivos³¹. Muchos jóvenes que no cumplen con los estándares de logro familiares o escolares se asocian a un grupo de este tipo y vuelcan ahí sus frustraciones y sensación de limitación y baja autoestima³². Se sienten rechazados y excluidos por el medio externo y dirigen su agresión hacia él, manifestándose muchas veces en la búsqueda de satisfacciones inmediatas, posesión de objetos y participación en situaciones que les permitan una sensación de pertenencia y un protagonismo social³³. Sin embargo, la mayoría de las conductas desviadas inspiradas por los compañeros son experimentos breves y no un predictor para delincuencia a largo plazo³⁴. Eso coincide con los reconocimientos científicos generales, de que la delincuencia juvenil es, ante todo, un fenómeno ocasional y transitorio, es decir,

²⁶ HUTT/GIBBY, *El niño. Desarrollo y Adaptación*, p. 376.

²⁷ NICKEL, *Psicología del desarrollo*, p. 439; HUTT/GIBBY, *El niño. Desarrollo y Adaptación*, p. 373; BORDUIN/SCHAEFFER, "Violent Offending", p. 98-128, citado por VÁSQUEZ GONZÁLEZ, p. 142. En algunos casos el grupo incluso sustituye el hogar familiar, MUSSEN, *Manual of Child Psychology*, p. 184 y ss.

²⁸ BORDUIN/ SCHAEFFER, "Violent Offending", p. 98-128, citado por VÁSQUEZ GONZÁLEZ, p. 142.

²⁹ THERON/RODIN/GORMAN, *Psicología evolutiva*, p. 356.

³⁰ FLORENZANO URZÚA/VALDÉS CORREA, *El Adolescente y sus conductas de riesgo*, p. 85; EGENAU, Paulo; NICHOLLS, Eduardo. "Juventud, Delincuencia y Prisionización". En: CIDE; CIEPLAN; INCH; PSI; PIRQUE; SUR (editores). *Los Jóvenes en Chile hoy. Generación Compiladores*. Santiago, 1989, p. 170; RAZZINO, Brian E.; RIBORDY Sheila C.; GRANT, Kathryn; FERRARI, Joseph R.; BOWDEN, Blake S.; ZEISZ, Jennifer. "Gender-related Processes and drug use: self-expression with parents, peer group selection and achievement motivation". *Adolescence*. Spring 2004. v. 39 n° 153. ProQuest Psychology Journals, p. 168; BERGER/THOMPSON, *El desarrollo de la persona*, p. 597.

³¹ HURLOCK, *Desarrollo psicológico del niño*, p. 431; THORLINDSSON/BERNBURG, "Peer groups and substance use", p.321 y s.; ROWE, Cynthia L.; DAKOF, Gayle A.; UNGARO, Rocio A.; HENDERSO, Craig E. "Early Intervention for Adolescent Substance Abuse: Pretreatment to Posttreatment". *Journal of Psychoactive Drugs*. Marzo 2004. v. 36 n° 1. ProQuest Psychology Journals, p. 49-63, p. 50.

³² FLORENZANO URZÚA/VALDÉS CORREA, *El Adolescente y sus conductas de riesgo*, p. 88

³³ FLORENZANO URZÚA/VALDÉS CORREA, *El Adolescente y sus conductas de riesgo*, p. 88.

³⁴ BERGER/THOMPSON, *El desarrollo de la persona*, p.593.

los adolescentes normalmente dejan de delinquir cuando van creciendo³⁵. Aunque no existen conocimientos empíricos asegurados respecto a la causa, se supone que el motivo se encuentra en una mayor integración en la sociedad, yendo acompañado con un mejor sostén psicosocial de los adolescentes³⁶. Asimismo, tampoco se debe olvidar que la comisión de hechos delictivos de escasa gravedad —así, el hurto en supermercados— son habituales entre los jóvenes y aparecen en todas las clases sociales debido a las tensiones y conflictos que lleva el proceso de desarrollo hacia una identidad propia. De ello sigue como consecuencia natural, que los adolescentes sobrepasan las reglas de la sociedad y cometen infracciones³⁷.

2.4. Los grupos de pares desviados: un fenómeno típico juvenil

Frecuente, durante la etapa de la adolescencia, es la pertenencia en grupos de pares desviados.

Según estudios de orden sociológico, ellos son *peer-groups* juveniles cuyo miembros cometen, habitual u ocasionalmente, infracciones.³⁸ Las infracciones se fundamentan en la cooperación y/o el apoyo moral del grupo o, por lo menos, de sus miembros más importantes. En general, estos grupos no tienen una estructura fija, más bien sus integrantes cometen las infracciones sin que exista una jerarquía estable, por lo que los intervinientes en tales infracciones pueden cambiar. No podría compararse con una asociación ilícita, puesto que estos grupos no están organizados con fines delictivos; más bien, se trata de reuniones habituales de jóvenes, ocasionales o transitorios, que, sin estar organizados con fines delictivos, cometen comunitariamente algún ilícito³⁹. Es más, la comisión de delitos surge en el contexto de grupo, sin planificación concreta del hecho o sin aclaración previa de distribución de funciones⁴⁰.

Los grupos desviados son un fenómeno característico de los grandes centros urbanos⁴¹, encontrándose, sobre todo, en los barrios más pobres. Sin embargo, en

³⁵ EISENBERG, Jugendgerichtsgesetz, § 5, n.m. 14, 14a. MEIER, Bernd-Dieter; RÖSSNER, Dieter; SCHÖCH, Heinz. *Jugendstrafrecht*. München: C. H. Beck. 2003, § 3, p. 49 n.m. 6.

³⁶ MEIER, Bernd-Dieter; RÖSSNER, Dieter; SCHÖCH, Heinz. *Jugendstrafrecht*. München: C. H. Beck. 2003, § 3, p. 49 n.m. 6.

³⁷ EISENBERG, Jugendgerichtsgesetz, § 5, n.m. 14a. Como normal se considera sólo los casos de pocas y leves infracciones, MEIER, Bernd-Dieter; RÖSSNER, Dieter; SCHÖCH, Heinz. *Jugendstrafrecht*. München: C. H. Beck. 2003, § 3, p. 48 n.m. 4.

³⁸ VON TROTHA, Trutz Bande, Gruppe, Gang. En: KAISER, Günther; KERNER, Hans-Jürgen; SACK, Fritz; SCHELLHOSS, Hartmut (editores). *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag. p. 53-59, p. 55.

³⁹ INSTITUT FÜR KRIMINOLOGISCHE SOZIALFORSCHUNG. *Krimpedia. Jugendbanden*. Disponible en: www.kriminologie.uni-hamburg.de/wiki/index.php/Jugendbanden (consultado el 15 de marzo de 2007).

⁴⁰ ZIEGER, Matthias. *Verteidigung in Jugendstrafsachen. 1. Teil: Jugenddelinquenz und Jugendstrafrecht*. Disponible en: <http://www.huethig-jehle-rehm.de/data/resources/de737c22b1c.pdf>, p. 9, n.m 12 (consultado el 15 de marzo de 2007).

⁴¹ PAPALIA/OLDS, *Psicología del desarrollo de la infancia*, p. 577.

ocasiones también se puede observar ese tipo de agrupación en ciudades más pequeñas o incluso en sectores rurales. Más allá de su ubicación geográfica, se ha considerado que los grupos desviados son un problema específico de los sectores sociales más desposeídos⁴². Sus integrantes serían, principalmente, adolescentes con menores posibilidades escolares o que provienen de una situación de violencia intrafamiliar. Este contexto social favorecería el hecho de que se asocien a un grupo de pares desviados, en la mayoría de los casos a un grupo con una postura positiva hacia la violencia⁴³.

La realidad muestra que, en la gran mayoría de los casos, los adolescentes que delinquen lo hacen en conjunto con otros niños o adolescentes⁴⁴, pero, en composiciones cambiantes —es típico de la delincuencia de grupo—⁴⁵. Los expertos alemanes, por ejemplo, estiman que entre el 40 y 80 % de los hechos en que participan adolescentes son cometidos en grupo de dos o más personas⁴⁶. Información especialmente relevante si se considera, por otro lado, de acuerdo a la estadística de 2005 del *Bundeskriminalamt* (BKA, Oficina Criminal Federal), que respecto a la delincuencia de adultos, el 77,7 % (2004: 77,9%) de los sospechosos investigados actuaban solos. Es decir, sólo un 22,3 % de estos hechos eran cometidos en conjunto con otros sujetos, a diferencia de la tendencia observada en los infractores adolescentes⁴⁷.

A resultados muy parecidos llega la estadística de la justicia de Cataluña en España: 73,2% de los adolescentes cometieron delitos en grupos de pares⁴⁸ y sólo un 23% delinquieron de manera individual y 3,8% con familiares⁴⁹.

⁴² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p.816; EGENAU/NICHOLLS, “Juventud, Delincuencia y Prisionización”, p. 170.

⁴³ PFEIFFER, Christian; WETZELS, Peter. *The structure and development of juvenile violence in Germany: a proposition paper based on current research findings*. 1999. Disponible en: <http://www.kfn.de>, nº 76, p. 17 (consultado el 15 de marzo de 2007).

⁴⁴ Así también, OBERWITTLER, Dietrich; BLANK, Thomas; KÖLLISCH, Tilman; NAPLAVA, Thomas. *Soziale Lebenslagen und Delinquenz von Jugendlichen. Ergebnisse der MPI-Schulbefragung 1999 in Freiburg und Köln*. Disponible en: <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/workingpaper8.pdf>, p. 65 (consultado el 16 de marzo de 2007), que llegan a la conclusión que la delincuencia juvenil en general no puede ser considerada como ocasión aislada de un adolescente.

⁴⁵ ZIEGER, p. 10, n.m. 13; KIT, Hannover. *Bericht über die Untersuchung schwerwiegender Fälle von Intensivtättern im Kinderbereich*. Niedersachsen, 2003. Disponible en: http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C2235428_L20.pdf, p. 14 (consultado el 14 de marzo de 2007).

⁴⁶ INSTITUT FÜR KRIMINOLOGISCHE SOZIALFORSCHUNG. *Krimpedia. Jugendbanden*. Disponible en: www.kriminologie.uni-hamburg.de/wiki/index.php/Jugendbanden (consultado el 14 de marzo de 2007).

⁴⁷ Esa cifra varía según el tipo de delito. Ver la Polizeiliche Kriminalstatistik 2005. Disponible en: <http://www.bka.de/pks/pks2005/index2.html>, 2.3.5., p. 129 (consultado el 15 de marzo de 2007).

⁴⁸ La estadística distingue la edad de los amigos del infractor menor, amigos menores de 18 años (48,9%) y mayores de 18 años (24,2%).

⁴⁹ Estadística básica de la justicia a Catalunya. En: Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (editora). *Justidata*. Nº 42, septiembre de 2005, p.6. En este estudio fueron recogidos los datos sobre la reincidencia de los jóvenes infractores que habían entrado en el sistema de Justicia de Menores desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, Ley 5/2000 en España. Además, se actualizaron los datos disponibles en Cataluña sobre la reincidencia que se remontaban al año 1996. La población del estudio la constituyeron 3.728 menores. La muestra seleccionada fue de 2.903, con un error teórico de $a=\pm 0,87$ para datos globales; con un intervalo de confianza del 95,5%; $p=q=50$. La investigación se situó en el momento en que los jóvenes finalizaron un programa el año 2002 sin

La “normalidad” de actuar en grupo está reconocida también por el Tribunal Supremo Federal de Alemania (BGH, *Bundesgerichtshof*). La actuación colectiva en grupos juveniles es fundamentalmente entendida por el Tribunal como infracción juvenil (*Jugendverfehlung*) —§ 105 inc. 1 nº 2 de la Ley de Tribunales de Menores (JGG, *Jugendgerichtsgesetz*)— y, por lo tanto, es de competencia de los Tribunales de Menores también en los casos de las personas entre 18 y 21 años (*Heranwachsenden*)⁵⁰. Dos son las situaciones a las cuales se aplica el Derecho penal juvenil alemán para los jóvenes entre los 18 y 21 años. Aunque el texto legal está construido como una excepción, en la práctica la aplicación del Derecho penal juvenil a jóvenes entre 18 y 21 años se presenta como una normalidad, siendo, en cambio, la no aplicación de estas normas una excepción. La primera alternativa posible es que el joven de 18 a 21 años aún está en desarrollo y, por lo tanto, deba ser tratado igual que los adolescentes entre 14 y 18 años —§ 105 inc. 1 Nº 1 JGG, criterio orientado en la personalidad—. La segunda alternativa es que una vez ocurrido el hecho delictivo, independiente del grado de madurez del joven, el juez valora que los sucesos se fundaron en un descuido juvenil, en una falta de reflexión o inmadurez social. Por ello el juez resuelve que se está frente a una infracción juvenil —§ 105 inc. 1 Nº 2 JGG, criterio orientado en el hecho—.

Tanto el Tribunal Supremo Federal como también, la doctrina alemana dominante estiman que el hecho de delinquir junto con otros adolescentes es una expresión de falta de madurez y, en consecuencia, una característica propia de la fase de desarrollo juvenil⁵¹. Indicios son, por ejemplo, la muestra de una disposición pronunciada de someterse y comportarse solidariamente con el grupo o también de ostentación en el grupo y la necesidad de ser reconocido por éste⁵².

2.5. Causas para agruparse a un “peer group” social desviado

Los conflictos intrafamiliares, la separación de los padres, la situación socioeconómica y los problemas de vivienda llevan a muchos adolescentes a asumir cargas sociales adicionales. Bajo estas circunstancias aumenta la importancia de los grupos extra familiares para los jóvenes. La influencia puede ser favorable para el desarrollo de su identidad, al ofrecer la posibilidad de conocer sus propias capacidades en la colectividad y para resolver conflictos, así como practicar una conducta social y experimentar y desarrollar en parte su

que hayan tenido ningún otro programa posterior por la misma causa y se realizó el seguimiento hasta diciembre de 2004, con la finalidad de saber si se produjeron nuevas entradas en el sistema de Justicia juvenil o en el sistema penal de adultos, si el joven llegó a la mayoría de edad. Los datos se obtuvieron de los expedientes de menores de la Dirección General de Justicia Juvenil y para los jóvenes que llegaron a la mayoría de edad, del SIPC (Sistema Informático Penitenciario Catalán).

⁵⁰ BGH (Bundesgerichtshof). *Strafverteidiger*. 2001, p. 181.

⁵¹ EISENBERG, *Jugendgerichtsgesetz*, § 105 n.m. 19b.

⁵² BGH, sentencia del 17 de octubre 2000, Nº de referencia 1 StR 261/00, disponible en http://www.jusline.de/pdf/de/entscheidungen/1_StR_26100.pdf (consultado el 15 de marzo de 2007).

propia identidad. Sin embargo, el origen social, la pertenencia étnica, el género y el barrio influyen como factor de riesgo, pues en determinados casos el adolescente puede integrarse a un grupo de pares desviados y desarrollar así, enlaces más débiles con la sociedad⁵³. Precisamente, es en el grupo desviado donde el joven puede encontrar un reconocimiento personal que no le otorgan los padres u otras organizaciones formales. El grupo de pares ofrece además, la posibilidad de tomar una determinada función dentro de éste, es decir, de tener para sí una sensación de éxito. Asimismo, tal reconocimiento se presenta al protegerlo de asaltos o ataques por parte de otros grupos de adolescentes, cumpliendo una función de protección⁵⁴. Hay que tener en cuenta que estos grupos desviados se hallan, en general, en los barrios sociales más problemáticos.

2.6. Factores de desenfreno y de desinhibición dentro del grupo

Existen varios factores que favorecen la comisión de hechos punibles en los grupos juveniles, sean estos desviados o no. Sobre todo, en los grupos de pares pueden formarse estructuras autoritarias y desarrollarse procesos de dinámica de grupos que fomenten la disposición a la violencia y la comisión de hechos punibles⁵⁵. Pues bien, característica central de todos los grupos de pares es la presión del grupo que puede motivar a los miembros a un comportamiento socialmente desviado y criminal⁵⁶. La noción de la presión del grupo expresa la idea de que las normas internas del grupo fuerzan a los jóvenes a actuar de una manera distinta de la que harían si no estuvieran en un grupo⁵⁷. En un proceso dinámico, la voluntad de los individuos se ve obligada a la voluntad del grupo, que es independiente a la del individuo y desarrolla una dinámica propia. Entonces, cuando el individuo no actúa de la misma manera como lo hace el grupo, debe enfrentar la resistencia de éste, lo cual requiere una alta capacidad de autodefensa interna y externa que le permita enfrentar esa presión⁵⁸, algo que — dado el incompleto desarrollo social de los adolescentes— en su caso rara vez ocurre.

⁵³ ERICKSON, Maynard L.; EMPEY, Lamar T. "Class Position, Peers and Delinquency". En: CRESSEY, Donald R.; WARD, David A. (editores). *Delinquency, Crime, and Social Process*. New York, Evanston, London: Harper & Row, 1969, p. 405, 409, 417.

⁵⁴ Informe del Ministerio Federal de Cultura de Baviera, Alemania. Disponible en: http://www.km.bayern.de/km/berichte/jugend_und_gewalt/teil1/oeff3.html (consultado el 14 de marzo de 2007).

⁵⁵ Informe del Ministerio Federal de Cultura de Baviera, Alemania. Disponible en: http://www.km.bayern.de/km/berichte/jugend_und_gewalt/teil1/oeff3.html (consultado el 14 de marzo de 2007).

⁵⁶ NICKEL, *Psicología del desarrollo*, p. 436. ZIEGER, *Verteidigung in Jugendstrafsachen*, p.8, n.m. 10.

⁵⁷ BERGER/THOMPSON, *El desarrollo de la persona*, p.593.

⁵⁸ Así por ejemplo el Tribunal Supremo Federal alemán respecto a la dinámica de grupos en las bandas, cfr. BGH, auto del 26 de octubre 2000, N° de referencia BGH 4 StR 284/99, n.m. 30, disponible en: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/99/4-284-99.php3> (consultado el 13 de marzo de 2007).

Por lo tanto, a veces los jóvenes se arrastran mutuamente a los conflictos y, frecuentemente, se disminuye el umbral respecto a la disposición desviada y delictiva, como por ejemplo violencia, sustracciones o daños. Cuando no hay ningún adulto presente, la excitación de estar juntos y el deseo de desafiar las restricciones de los adultos puede llevar a conductas arriesgadas, prohibidas y destructivas⁵⁹.

No obstante, estudios indican que la susceptibilidad a la presión depende, entre otros, de la situación familiar, la falta de supervisión por adultos o también, el estilo de educación paternal —autoritario o más democrático—⁶⁰. Según investigaciones culturales la presión del grupo depende de las condiciones socioculturales y especialmente del vínculo con la familia: en culturas en que la relación con la familia es, incluso durante la adolescencia, más estrecha, la influencia del grupo es menor⁶¹. En todo caso, no se puede considerar la presión sólo negativa. En algunos eventos ayuda a facilitar la transición a los jóvenes que intentan emanciparse de sus padres, pero que aún no están preparados para una autonomía plena. Estudios han demostrado también, que la presión puede fomentar comportamientos positivos como, por ejemplo, estudiar más o no fumar⁶².

Otro factor importante es el comportamiento solidario que se produce en los grupos y que estimula el desenfreno y desinhibición del adolescente, como sucede, especialmente, al consumir colectivamente alcohol o drogas⁶³. Al mismo tiempo, la actuación “anónima” en grupo lleva a que los adolescentes vean su responsabilidad individual disminuida. La responsabilidad puede ser delegada al grupo o incluso, al “jefe” del grupo⁶⁴. De esa manera, el paso que desde la legalidad hacia la criminalidad hacen los adolescentes, resulta más fácil si éste se hace en grupo. Factores relevantes son también las oportunidades que se ofrecen durante las actividades de tiempo libre, considerando, además, el carácter del adolescente. Ellos eligen actividades de “acción” y “entretención”, actividades que están marcadas por contactos no organizados, espontáneos y sin compromisos, que son, en consecuencia, relativamente libres del control social y que llevan a mayores posibilidades de actuación —inclusive, llevar a cabo conductas desviadas—⁶⁵.

⁵⁹ BERGER/THOMPSON, *El desarrollo de la persona*, p.593.

⁶⁰ LERNER, Richard M.; PETERSEN, Anne C.; BROOKSGUN, Jeanne. *Encyclopedia of Adolescence*. Volume II. New York, London: Garland Publishing, 1991; PAPALIA/OLDS, *Psicología del desarrollo de la infancia*, p. 573 y ss.

⁶¹ NICKEL, *Psicología del desarrollo*, p. 436.

⁶² BERGER/THOMPSON, *El desarrollo de la persona*, p. 593.

⁶³ EGENAU/NICHOLLS, “Juventud, Delincuencia y Prisionización”, p. 170 y s; HILLMANN, *Wörterbuch der Soziologie*, p. 659.

⁶⁴ Bundeszentrale für politische Bildung. Disponible en: http://www.bpb.de/popup/popup_druckversion.html?guid=SWO8P2 (consultado el 13 de marzo de 2007).

⁶⁵ OBERWITTLER/BLANK/KÖLLISCH/NAPLAVA, *Soziale Lebenslagen und Delinquenz von Jugendlichen*, p. 64 y 66.

La circunstancia agravante del Art. 456 *bis* N° 3 del Código Penal⁶⁶

3.1. Antecedentes previos

Nuestra historia legislativa cuenta con importantes precedentes que dan cuenta de la relevancia que desde siempre se le ha otorgado a la comisión del delito de hurto y robo a través de una pluralidad de sujetos. Es así, que en los albores de la República una de las primeras leyes penales que se dictaron decía relación al hurto y robo —Ley de 7 de agosto de 1849—. Precisamente, en su Art. 5 se disponía el aumento de la pena cuando el delito de hurto se cometía por dos o más ladrones. Por su parte, el Art. 18, tratándose del robo, la pena se incrementaba en aquellos casos en que se formaba un bando o cuadrilla que se ocupaba habitualmente en robar. Se entendía por cuadrilla la que constaba de o pasaba de cuatro individuos.

Con posterioridad, el Código Penal, en su texto original, al tratar el robo con violencia o intimidación en las personas, en su forma calificada, disponía en el Art. 433 lo siguiente:

“N° 3 Cuando se cometiere en despoblado y en cuadrilla, si con motivo u ocasión de este delito se causare alguna de las lesiones penadas en el número 1° del art. 397, o el robado fuere retenido bajo rescate o por más de un día.

N° 4 En todo caso el jefe de cuadrilla armada total o parcialmente. Hay cuadrilla cuando concurren a un robo más de tres malhechores”.

Cabe destacar que estas disposiciones se tomaron casi textualmente del Art. 425 de su similar español de 1848.

Asimismo, la disposición original del Art. 440, al tratar el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, en su N° 4 se refería a la cuadrilla. Pero, se exigía que los autores llevaran armas.

Estas normas no generaron mayores discusiones en nuestros primeros comentaristas del Código, pues se comprendía que tales formas de comportamiento eran propias de estas clases de robo⁶⁷. Es más, si se examina la obra de Pacheco, que como es sabido se constituyó en pieza esencial de trabajo para la Comisión Redactora de nuestro Código⁶⁸, se aprecia que el recurso a las

⁶⁶ Art. 456 *bis*: “En los delitos de robo y hurto serán circunstancias agravantes las siguientes:

3. Ser dos o más los malhechores”.

⁶⁷ FUENSALIDA, Alejandro. *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno*. T. III. Lima: Imprenta Comercial, 1883, p. 167; VERA, Robustiano. *Código Penal de la República de Chile comentado*. Santiago: Imprenta de P. Cadot, 1883, p. 651-654; FERNÁNDEZ, Pedro Javier. *Código Penal de la República de Chile explicado y concordado*. T. II. 2° ed. Santiago: Imprenta Barcelona, 1900, p. 213-214. Así tampoco, en obras posteriores como la de DEL RÍO, Raimundo, *Derecho Penal*. T. III. Santiago: Nascimento, 1935, p. 433-435.

⁶⁸ Así consta en el acta de la segunda sesión. RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel. *Código de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora*. Valparaíso: Edeval, 1974, p. 248.

cuadrillas se asociaba más bien a la comisión de los delitos de apoderamiento material graves, excluyéndose los hurtos⁶⁹.

Pues bien, la referencia a la cuadrilla vinculada a la comisión de estos delitos de robo se mantuvo en nuestro Código hasta el año 1954. En efecto, en dicho año se dictó la Ley 11.625, que modificó el Art. 433 —disponiendo en lo esencial la actual redacción⁷⁰— e introdujo la disposición que motiva el presente estudio. Las razones fundamentales que se esgrimieron para el nuevo artículo es que al modificarse el Art. 433 y eliminarse con ello las circunstancias del despoblado y la cuadrilla se hacía necesario una nueva disposición que recogiera, entre otros, tales supuestos⁷¹. Como se verá *infra*, es importante tener en consideración lo recién expuesto, a fin de determinar la *ratio legis* del Art. 456 *bis* N° 3.

3.2. Concepto de malhechor

Una de las mayores controversias que la agravante en comento suscita, dice relación con el concepto mismo de malhechor, que nuestro Código Penal también emplea en el Art. 17 N° 4 al tratar el encubrimiento como forma de favorecimiento personal habitual. Por un lado, están quienes sostienen —apoyado por alguna jurisprudencia⁷²— que la expresión malhechor expresaría a quienes han delinquido anteriormente, es decir, abarcaría a los reincidentes y a los delincuentes habituales⁷³. Incluso, hay autores como Mera que sostienen que la voz malhechor sólo comprende a los que han delinquido con anterioridad, sin que aquello constituya reincidencia⁷⁴. Se apoya, entre otras razones, en la definición que brinda el Diccionario de la Real Academia española a la voz malhechor, entendiéndolo como “Que comete un delito, y especialmente que los comete por hábito”⁷⁵. Además, que al modificarse el Art. 433 por la Ley 11.625, la voz

⁶⁹ PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado*. Madrid: Edisofer, 2000, p. 1191 y ss.

⁷⁰ Debe tenerse en cuenta también la modificación que introdujo la Ley 13.303, dirigida a evitar que el delito pudiera entenderse como calificado por el resultado, enfatizando pues, en su carácter de delito complejo.

⁷¹ VERDUGO MARINKOVIC, Mario. *Código Penal*, T. III. 2° ed. Santiago: Ediar-Conosur, 1986, p. 977-978; MERA FIGUEROA, Jorge. *Hurto y robo*. Santiago: Conosur, 1995, p. 161.

⁷² Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago de 12 de marzo de 2001 (Gaceta Jurídica, N° 249, 2001, p. 144): “1°.- Que ninguno de los encausados merece el calificativo de “malhechor”, porque la sentencia les reconoce su conducta irreprochable, lo que se opone a la consideración en su contra de la especial agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal”; ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la jurisprudencia*. T. II. 2° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 558 y ss.

⁷³ LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*, T. II. 7° ed. Actualizada por Julio Zenteno, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1983, p. 217.

⁷⁴ MERA. *Hurto*, p. 163. Sobre este punto, el autor afirma que si se trata de un reincidente no podría aplicarse dicha agravante en conjunto con la dispuesta en el Art. 456 bis N° 3, pues se infringiría el principio *non bis in idem*. En este mismo sentido, CERDA CATALÁN, Hernán. “¿Siempre es circunstancia agravante la comisión de los delitos de robo o hurto por dos o más individuos?”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N° 95, 1956, p. 34.

⁷⁵ *Diccionario de la Real Academia española*. 22° ed. Madrid, 2001.

cuadrilla y su significado se recogería en la agravante del Art. 456 *bis* N° 3, por lo que debe entenderse malhechor como sujeto vinculado a actividades delictivas⁷⁶.

Otro sector de la doctrina nacional —mayoritario— se inclina por sostener que la noción de malhechor no alude a habitualidad y por tanto, puede comprenderse a quienes delinquen por primera vez⁷⁷. Esta tesis es la sostenida también por buena parte de la jurisprudencia⁷⁸. La expresión malhechor aludiría más bien a infractor y no está exigiendo una referencia a su pasado, sólo al delito que se está juzgando⁷⁹. Tales afirmaciones se pueden apoyar en fuentes históricas, es decir, en las normas españolas que fueron las consideradas por la Comisión Redactora para estructurar las disposiciones de nuestro Código.

En lo que respecta a la voz cuadrilla empleada por el Art. 425 del Código Penal de 1848 —nuestro original Art. 433—, al ser comentada por Pacheco, éste en ningún momento establece una particular exigencia que pueda estimarse propia de habitualidad, así como tampoco en otras disposiciones en la que se emplea el vocablo malhechor⁸⁰. Si bien, suele señalarse la interpretación que algunos autores⁸¹ brindan a la voz malhechor del Art. 17 N° 4 de nuestro Código Penal para exigir la habitualidad en la agravante examinada, tampoco encontraría eco en las fuentes hispanas. Como es sabido, tal forma de encubrimiento fue tomada del Código Penal español de 1822⁸², sin mayor discusión. Pues bien, si se revisa el significado que se brindaba a la noción malhechor en la época que regía tal disposición puede apreciarse que se vinculaba al que cometía el delito, sin referencia alguna a la habitualidad. En efecto en el libro *Febrero novísimo* de De Tapia se señala lo siguiente: “Síguese de estos principios que cuando en la regla 19, tit. 33, Part. 7, se dice que *á los malhechores é á los consejeros, é á los encubridores debe dar igual pena*, debe entenderse cuando estos tienen una parte principal en el delito, ó las circunstancias les hacen igualmente culpables que á los principales reos”⁸³. Es del caso, que en los comentarios que se hacen a la Partida Séptima, pero al título 34 —hay un error en la individualización que hace de De Tapia—, regla 19, se señala que tal igualdad en las penas ya no se contempla en el Código Penal de 1848 —Art. 60 y ss—, lo que reafirmaría la idea que el concepto malhechor para la tradición hispana siempre se ha entendido como el

⁷⁶ MERA. *Hurto*, p. 164.

⁷⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*, T. III. 3° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 365; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno*, PE. 2° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 396; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*, PE. T. IV. 2° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 263-264.

⁷⁸ Sentencia de Corte Suprema de 19 de octubre de 2000 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVII (2000), N° 3 (septiembre-diciembre), sección 4; Sentencia de Corte Suprema de 12 de abril de 2000 (Gaceta Jurídica, N° 244, 2000, p. 111); ETCHEBERRY, *Jurisprudencia*. T. II, p. 564-565 y T. IV, p. 390 y ss.

⁷⁹ DE LA FUENTE HULAUD, Felipe. “Delitos contra bienes instrumentales”. *Comentarios de la jurisprudencia del año 2004*, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. N°2, 2005, p. 595.

⁸⁰ PACHECO. *El Código Penal*, p. 1202 y ss., p. 1205-1206, p. 1215-1216.

⁸¹ CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal*. PG. 7° ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 638.

⁸² Sesión 10 de la Comisión Redactora, RIVACOBÁ. *Código*, p. 263.

⁸³ DE TAPIA, Eugenio. *Febrero novísimo*. T. VI. Valencia: Imprenta de Ildefonso Mompie, 1837, p. 20.

que delinque, en este caso en particular al autor —el que mal hace— y bajo ninguna circunstancia se vincula a delitos en el pasado⁸⁴.

A mayor abundamiento, el Código Penal español anterior al de 1995 en dos disposiciones también empleaba la voz malhechor, los Art. 10 N° 13 y 502. Pues bien, la doctrina española al comentar tales disposiciones en ningún momento aluden a la habitualidad o delitos pretéritos⁸⁵, siguiendo con ello, una interpretación que en la península no ha sido cuestionada.

3.3. Fundamentos de la agravante. Apreciaciones críticas

Esencial resulta determinar el sentido de la agravante, es decir, precisar cuál es su *ratio legis*. Se señaló *supra* que al eliminarse la referencia a la cuadrilla que disponía el antiguo Art. 433 sus supuestos estarían recogidos en el Art. 456 *bis* N° 3. En efecto, la idea de cuadrilla se asociaba a la idea del mayor peligro que representaba para la víctima la intervención de, en la antigua normativa, más de tres personas⁸⁶. Pues bien, debe entenderse respecto de la agravante que su fundamento normativo se halla, precisamente, cuando en el caso concreto se aprecia un mayor contenido de injusto por acrecentarse el peligro para la víctima⁸⁷. Es indudable que este mayor injusto no se explica por una cuestión de orden numérico, esto es, que sólo se considere el número de los que concurren en la comisión del hecho punible⁸⁸. Como señala Mera se requiere de un *plus* que va más allá del número, esto es, la multiplicidad de sujetos representa un disvalor que excede al solo hecho de la apropiación⁸⁹. Consecuente con lo anterior, para que la agravante que se comenta se configure, es requisito indispensable que los intervinientes ejecuten física y materialmente el hecho típico. Es decir, si el mayor disvalor está dado por el incremento de riesgo para la víctima⁹⁰, éste sólo puede

⁸⁴ *Los Códigos españoles concordados y anotados. Código de las siete partidas*. T. IV. 2° ed. Madrid: Antonio de San Martín editor, 1872, p. 486.

⁸⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. PG. 3° ed. Barcelona: PPU, 1990, p. 704; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. PE. 9° ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 255; VIVES ANTÓN, Tomás. “Delitos contra la propiedad”. En COBO DEL ROSAL, Manuel *et al.* *Derecho Penal*. PE. Coordinador: VIVES ANTÓN, Tomás. 3° ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, p. 828-829, quien trata lo dispuesto en el Art. 502 inc. 2° como una ficción de autoría.

⁸⁶ Como ha hecho presente CERDA. “¿Siempre es circunstancia agravante”, p. 34, la Ley N° 11.625 suprimió del robo calificado, el robo en despoblado y en cuadrilla, las que pasaron a agravar el robo y el hurto, por lo que debe entenderse que las actuales circunstancias tiene su razón de ser en la criminalidad acentuada, esto es, en la mayor peligrosidad.

⁸⁷ DE LA FUENTE. “Delitos”, p. 596. Para ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, T. III, p. 365, la agravante supone un debilitamiento para la defensa privada, aumento del peligro para las víctimas y la mayor seguridad en la actuación de los delincuentes. Según MERA. *Hurto*, 165, el fundamento de la agravación estaría en la afección al sentimiento de tranquilidad y de seguridad que puede tener lugar cuando la apropiación violenta es realizada por dos o más personas.

⁸⁸ MERA. *Hurto*, p. 157, 161.

⁸⁹ MERA. *Hurto*, p. 160. En este mismo sentido, Sentencia del Tribunal Oral de Puerto Montt de 1 de septiembre de 2004, RIT: 7-2004. Para CERDA. “¿Siempre es circunstancia agravante”, p. 35, no es posible la configuración de la agravante si dos o más sujetos sustraen especies de una casa vacía.

⁹⁰ Sentencia de Corte Suprema de 27 de mayo de 1985 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII (1985), N° 2 (mayo-agosto), Sección 4: “Segundo. Que basta la lectura del número 3 del artículo 456 bis del

presentarse en la medida que concurren físicamente los *malhechores*⁹¹. De lo expuesto, se desprende que no pueden comprenderse dentro de la agravante quienes intervienen en la calidad de inductor o de encubridor⁹². Por tanto, si respecto de un mismo hecho punible concurren dos personas, siendo sólo una de ellas autor material y la otra lo hace en algunas de las calidades mencionadas *supra*, no se configura la agravante⁹³. Es más, si sólo ingresa uno de ellos al lugar del robo y el otro permanece fuera vigilando, tampoco se estructura la agravante, pues no se presenta el incremento del riesgo exigido⁹⁴.

Una parte de la doctrina afirma que se debe prestar particular atención al cómplice —tanto los del Art. 16 como aquellos comprendidos en el Art. 15 N° 3 del Código Penal⁹⁵—, pues puede ocurrir que su contribución sí suponga su presencia física durante la ejecución del hecho. Sobre este punto, se ha entendido que quien tiene la calidad de tal no puede comprenderse dentro de la agravante. Fundamentalmente, por cuanto quien asume como cómplice lo hace por aplicación del principio de accesoriedad, es decir, para punirlo se requiere de un autor que haya ejecutado una conducta típica y antijurídica. Por tanto, si el fundamento de su punición está dado por contribuir en el hecho del autor, la calidad de éste no puede servir nuevamente para agravarle la pena. Dicho en otros términos, si la presencia del autor es el presupuesto indispensable para poder castigar a título de complicidad, no puede, por aplicación del principio *non bis in idem*, volver a estimarse tal calidad para agravar la pena del cómplice⁹⁶.

Código Penal para advertir que la causal de agravación que contempla tiene únicamente en vista la coacción que se ejercita sobre la víctima al existir pluralidad de ejecutores y que, en el fondo, es una repetición de las causales Nos 1, 6 y 11 del artículo 12 del Código Penal, puesto que existe una especie de alevosía al cometer el delito sobre seguro, abusando de sus fuerzas o de las armas y con el auxilio de gente armada. Que, como consecuencia, debe admitirse que la palabra malhechor está usada en su primera acepción de "cometer un delito", que proviene de su raíz latina de "malefactum" que significa "mala acción" y, por ende, son malhechores aquellos que ejecutan el hecho delictuoso, aunque sea la primera oportunidad en que lo hacen"; Sentencia de 6 de junio de 2000 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVII (2000), N° 2 (mayo-agosto), sección 4.

⁹¹ ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, T. III, p. 365; GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*, T. IV, p. 264; MERA. *Hurto*, p. 157.

⁹² Sentencia de Corte Suprema de 22 de enero de 2002 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIX (2002), N° 1 (enero-marzo), Sección 4: "3º. Que la agravante contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal no concurre cuando los intervinientes en el hecho son únicamente un autor y un encubridor. Efectivamente, la razón de ser de esa causal de agravación es la de que, al participar varios individuos en la ejecución del hecho, incrementan con la multiplicidad de su intervención la indefensión de la víctima; pero como los encubridores por definición sólo actúan con posterioridad a la ejecución del crimen o simple delito; es ilógico pretender que su concurrencia ulterior al hecho satisfaga la *ratio legis* de la agravante, que en lo concerniente a ellos carece de eficacia, como también ha de excluirse respecto del único autor al cual su actividad posterior favorece".

⁹³ ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, T. III, p. 365; GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*, T. IV, p. 264; MERA. *Hurto*, p. 157.

⁹⁴ DE LA FUENTE. "Delitos", p. 596.

⁹⁵ Por no ser materia de este informe, no nos pronunciaremos acerca de aquellas tesis que sostienen que el Art. 15 N° 3 no comprende supuestos de complicidad. Así, YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, "Problemas básicos de la autoría y participación en el Código Penal chileno". *Revistas de Ciencias Penales*. T. XXXIV, N° 1, 1975, p. 61. También publicado en la Revista electrónica *Política Criminal*, N° 1, 2006, CH3. (www.politicacriminal.cl).

⁹⁶ DE LA FUENTE. "Delitos", p. 596; MERA. *Hurto*, p. 158. En contra, ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, T. III, p. 365.

Asimismo, tampoco sería posible la configuración de la agravante si en la comisión del hecho punible interviene un menor, cuando se puede estimar que colisionan dos normas. Por un lado, lo dispuesto en la agravante que es objeto de este estudio y por otro, lo regulado en el Art. 72 del Código Penal⁹⁷. Pues bien, se ha entendido, que dado que el menor inimputable no es un *malhechor* —considerando lo que dispone el Art. 456 *bis* N° 5 del Código Penal respecto de otros inimputables— sólo es posible imponer la regla del Art. 72 por aplicación del principio de especialidad siempre, claro está, que haya habido prevalimiento de los menores⁹⁸.

Cuestionable resulta además —desde la perspectiva del principio *non bis in idem*— la aplicación de la agravante respecto de aquellos tipos penales en que, precisamente, el fundamento del mayor injusto está dado por el incremento del peligro para la víctima, como sucede con los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas. Si la agravante en cuestión se explica por el aumento del peligro que el accionar de los intervinientes supone para la víctima, no puede volverse a aplicar tales razonamientos para justificar el mayor disvalor que se presentan en los delitos de robos recién mencionados, sobre todo si son calificados⁹⁹.

3. La relevancia jurídico-penal de los grupos de pares juveniles. Su valoración a la luz del Art. 456 *bis* N° 3 del Código Penal

A continuación, se recogerán aquellas ideas fundamentales que han sido desarrolladas precedentemente y que deben ser consideradas al momento de valorar la concurrencia de la circunstancia agravante del Art. 456 *bis* N° 3 del Código Penal.

Como se ha señalado *supra* —apartado 2. 1—, la agrupación de los jóvenes y su actuación en grupo está inseparablemente vinculado al desarrollo (social) de los adolescentes. Constituye un paso natural y fundamental en su proceso de socialización.

⁹⁷ Cabe recordar que el inciso 1° de este artículo fue derogado por el Art. 60 de la Ley 20.084. Precisamente, dicho inciso establecía una disminución de la pena cuando ésta recaía en un menor de edad que había obrado con discernimiento.

⁹⁸ Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago de 3 de septiembre de 1987 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXIV (1987), n° 3 (septiembre-diciembre), Sección 4; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ. *Lecciones PE*, p. 396; MERA. *Hurto*, p. 159-160. ETCHEBERRY, *Jurisprudencia*. T. IV, p. 392 y ss. Con anterioridad lo resuelve en estos términos, CERDA CATALÁN, Hernán. “En los delitos de hurto y robo cometidos por un mayor conjuntamente con un menor. ¿Concurren, el aumento de pena del inciso 2° del artículo 72 y la agravante del N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal?”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N° 119, 1962, p. 21-22.

⁹⁹ DE LA FUENTE. “Delitos”, p. 597; MERA. *Hurto*, p. 144. En estos términos, Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago de 7 de diciembre de 2006, Rol N°: 2205-2006

Precisamente, el proceso de socialización de los jóvenes, en donde su pertenencia a un grupo y su actuación dentro de él forman parte natural de su desarrollo, se debe tomar en consideración al momento de valorar la relevancia de la actuación grupal en la comisión de delitos. En efecto, tratándose de los jóvenes, en estos casos, su comportamiento tiene un menor contenido de injusto que respecto a conductas similares desarrolladas por adultos. Y es que, la niñez y la adolescencia no son un *minus* respecto a la adultez, sino hay que verla como *aliud*, es decir, cuando se está frente a un joven y la valoración de su comportamiento, no debe hacerse sobre la base de entenderlo como un “pequeño adulto” sino como un ser diferente con un proceso de desarrollo y complejidades diversas¹⁰⁰. Por lo tanto, se está frente a un injusto penal menor cuando dos o más jóvenes cometen un robo o hurto que si estos delitos son cometidos por dos o más adultos.¹⁰¹ La valoración que debe realizarse de la agravante objeto de este estudio en la esfera del Derecho penal juvenil no es la misma que tratándose del Derecho penal de adultos. Se requiere pues, que la reacción penal sea adecuada al injusto, en cuanto merecedor de pena.

Lo que dice relación a la circunstancia agravante dispuesta en el Art. 456 *bis* N° 3 del Código Penal y la relevancia que puede adquirir para su aplicación la actuación en grupo de los jóvenes infractores, se puede examinar desde tres perspectivas, a saber, por aplicación del *principio de inherencia*; luego, tomando en consideración los *finés socioeducativos* que persigue el sistema penal juvenil, y por último, aplicando el *principio de proporcionalidad*.

4.1. Inherencia

Como es sabido, el principio de inherencia se extrae de lo dispuesto en el Art. 63 del Código Penal, que consagra la *prohibición de la doble valoración*¹⁰² que, a su vez, es una manifestación del *principio non bis in idem*¹⁰³.

¹⁰⁰ OSTENDORF, Heribert. “Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts oder seiner Essentialia”. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. N° 6, 2006, p. 320-326, p. 323.

¹⁰¹ OSTENDORF, “Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts”, p. 322.

¹⁰² VAN WEEZEL, Alex. “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 24 N° 3, 1997, p. 465 y ss.

¹⁰³ POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis; MATUS, Jean Pierre (editores). *Texto y Comentario del Código Penal chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2002, p. 350. Aun cuando en Chile no se consagra constitucionalmente —como sí sucede en Alemania (Art. 103, III, Ley Fundamental)— constituye un principio limitador del *ius puniendi*. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. PG. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar. 2003, p. 133. Hay quienes sostienen que el fundamento del principio *non bis in idem* se halla en el principio de proporcionalidad, como CUERDA RIEZU, Antonio. “El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto de Código penal de 1990”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1991, p. 845-846. Otros lo sitúan en el principio de legalidad, como lo sostiene el Tribunal Constitucional español (sentencias en QUERALT, Joan J. *El principio non bis in idem*. Madrid: Tecnos. 1992, p. 38 y ss.). En la misma línea del Tribunal Constitucional, MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. PG. 5º ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002, p. 107; ARROYO ZAPATERO, Luis. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 8, 1983, p. 19. Para mayor detalle, GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*”. *Material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs. 1995, p. 75 y ss.

En términos generales, la prohibición de la doble valoración supone impedir atribuir dos veces, respecto de un mismo sujeto, un suceso que ha sido valorado *unitariamente* desde una perspectiva normativa¹⁰⁴. Por ello, un tribunal no puede, al momento de medir la pena, tomar nuevamente en consideración aquellos elementos que ya han sido valorados por el legislador al precisar la pena. Es por esta razón que los supuestos que se derivan del Art. 63 del Código Penal constituyen reglas de interpretación a las que debe sujetarse el juzgador¹⁰⁵. Pues bien, dentro de la constelación de supuestos que autorizan la aplicación del artículo en comento, vamos a dirigir nuestra atención a uno de ellos —por ser de interés para nuestro informe—, el que dice relación al *principio de inherencia*, concretamente a la llamada *inherencia tácita*¹⁰⁶. El Art. 63 recoge dicho principio al disponer, en el inciso 2º, lo siguiente: “*Tampoco lo producen, aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse*”.

La inherencia *tácita*, puede entenderse —tal como lo admite la doctrina chilena— en dos sentidos: abstracto y concreto¹⁰⁷. El primero de ellos tiene lugar cuando examinado el tipo penal, la agravante está implícita en él. Así ocurre, por ejemplo, con la comisión de un delito de violación propia y la circunstancia del Art. 12 N° 6 del Código Penal, o en la apropiación indebida y lo dispuesto en el Art. 12 N° 7 del mismo Código. Por su parte, se habla de *inherencia tácita concreta* para aquellos casos en que la agravante se desprende de las propias circunstancias del delito, que si bien no se hallan implícitas en el tipo penal, el autor no puede o no le corresponde modificarlas¹⁰⁸. Es decir, el autor no puede sino perpetrarlo a través de su configuración¹⁰⁹. Precisamente, son estas últimas consideraciones las que deben tomarse en cuenta para valorar la intervención del menor en la comisión del delito contra la propiedad, si la perpetración tiene lugar dentro de un contexto grupal.

Se ha explicado profusamente en la primera parte de este trabajo cuán normal, trascendente y determinante puede ser para el menor su participación dentro de un grupo de pares y que su intervención dentro de tales grupos, no tiene para él la misma significación que para los adultos. Por tanto, el juez debe prestar particular atención a esta modalidad de comportamiento juvenil, *inherente* al desarrollo del adolescente, para determinar la concurrencia de la agravante en comento. Dado que el grupo y su participación en él tiene una especial trascendencia para el adolescente, la comisión de delitos a través de modalidades

¹⁰⁴ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. PG. 3º ed. Bologna: Zanichelli. 1995, p. 621.

¹⁰⁵ POLITOFF/ORTIZ/MATUS, *Texto y Comentario*, p. 350.

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, p. 503. La inherencia expresa se encuentra en el inciso 1º del Art. 63 del Código Penal cuando se afirma “...o que ésta haya expresado al describirlo o penarlo”.

¹⁰⁷ Así lo entienden y aceptan, ETCHEBERRY, *Derecho penal*. T. II, p. 125, p. 180; CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal*. PG. 7º ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005, p. 766; POLITOFF/ORTIZ/MATUS, *Texto y Comentario*, p. 352.

¹⁰⁸ También la acepta la jurisprudencia, ETCHEBERRY, *Jurisprudencia*. T. II, p. 202.

¹⁰⁹ Así expresamente, CURY, *Derecho Penal*, p. 766.

grupales es *inherente* a su actuación, es decir, forma parte de su conducta, de manera que, la misma acción *no la realizaría individualmente*. Si se acredita que lo determinante para la actuación del joven ha sido la ejecución del delito en grupo, no puede luego valorarse tal pluralidad como una circunstancia *externa* al delito, por cuanto es, repetimos, la que decidió su comisión.

Por otra parte, considerando la *ratio legis* de la agravante —examinada *supra*— es que respecto de aquellas formas comisivas en las que intervienen menores, particularmente modalidades de robo con fuerza en las cosas y hurtos¹¹⁰, en las que no sea posible apreciar un peligro concreto para la víctima, no puede estimarse la concurrencia de la agravante en cuestión, aun cuando haya una pluralidad de sujetos.

4.2. Los fines socioeducativos del sistema juvenil de responsabilidad penal

En segundo lugar, se debe tener en consideración los *fines socioeducativos* que se persiguen a través del nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil, tal como se desprende del Art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño¹¹¹. Es así, que el Art. 20 de la Ley 20.084 señala expresamente que “*Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social*”.

Pues bien, primordialmente la noción de “educación” se entiende en el sentido de efecto de la pena, como efecto intimidatorio individual y, además, resocializador¹¹². En consecuencia, en el ámbito del Derecho penal juvenil los fines educativos o socioeducativos significan, fundamentalmente, *prevención especial*, tanto, desde una perspectiva positiva —resocialización— y negativa —intimidación—¹¹³. El que tales consecuencias cumplan también, aunque subordinadamente, un fin retributivo en el Derecho penal de menores chileno, cuya presencia se puede notar a través del término “sanciones” que adopta la ley en algunos artículos, no impide arribar a las conclusiones expuestas¹¹⁴.

¹¹⁰ *Supra* se explicó que por aplicación del principio *non bis in idem* no es posible la concurrencia de la agravante respecto al delito de robo con violencia o intimidación en las personas.

¹¹¹ GEISSE GRAEPP, Francisco; ECHEVERRÍA RAMÍREZ, Germán. “Bases y límites para la responsabilidad penal de los adolescentes”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*. XIV. 2006, p. 105-107.

¹¹² COUSO, Jaime. “Principio educativo y (re)socialización en el Derecho penal juvenil”. En: UNICEF (editor). *Justicia y Derechos del Niño*. Santiago: UNICEF, 2006, N° 8, p. 51.

¹¹³ COUSO, “Principio educativo y (re)socialización”, p. 52.

¹¹⁴ BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo. “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”. *Revista de Estudios de la Justicia*. N° 6, 2005, p. 167.

Conforme a lo anterior, y considerando que la consecuencia más trascendente que supone la imposición de una agravante como la examinada es el aumento de la pena, ello puede atentar con los fines educativos que persiguen.

Al respecto es preciso tener en consideración que la intervención juvenil-penal se orienta, esencialmente, a cubrir el déficit de educación y la necesidad de ésta del joven infractor, en cuanto al aprendizaje de las normas¹¹⁵. Esa necesidad de educación y, en consecuencia, la sanción, no puede entenderse sin ciertas restricciones, pues tiene su límite en lo que es imprescindible para lograr que el joven no delinca nuevamente¹¹⁶. De lo anterior, se desprenden dos importantes principios del Derecho penal juvenil, a saber, el *principio de educación* y, ligado a éste, el *principio de subsidiaridad o mínima intervención*. Éste último se manifiesta en la Ley 20.084, ante todo, a través de la diversificación de las sanciones y la acentuación en las no privativas de la libertad, por sobre las que implican reclusión —Art. 26 y 47 de la Ley 20.084—¹¹⁷. La prevención especial entonces, es el fin y la función que tienen las sanciones del Derecho penal juvenil cuando se sostiene que su finalidad es educativa¹¹⁸. La única particularidad existente es que aquí no hablamos de resocialización porque se trata de personas que aún —ver *supra*— no han completado el proceso de socialización¹¹⁹.

Debe tenerse presente que una pena más alta supone un aumento en la probabilidad de reincidencia del joven. Tal alza en la probabilidad de reincidencia se opone, como se ha afirmado, al fin socializador expresamente perseguido por la Ley 20.084. Al respecto, es preciso tener en consideración investigaciones que han tenido lugar en la esfera juvenil, tanto en Alemania como España, donde —presentando cifras semejantes— se aprecia que sí existe un vínculo entre la intensidad de la pena y la tasa de reincidencia¹²⁰. Y es que las reacciones de carácter socioeducativas arriban a mejores resultados que las sanciones que persiguen fines esencialmente retributivos¹²¹. Incluso, con sujetos que han delinquirido anteriormente se logra, a través de cursos de entrenamiento social,

¹¹⁵ MEIER/RÖSSNER/SCHÖCH, *Jugendstrafrecht*, § 1 n.m. 15, p. 12.

¹¹⁶ EISENBERG, *Jugendgerichtsgesetz*, § 5 n.m. 4.

¹¹⁷ Así, BERRÍOS, “El nuevo sistema de justicia penal”, p. 166.

¹¹⁸ EISENBERG, *Jugendgerichtsgesetz*, § 5 n.m. 5; GARCÍA PÉREZ, Octavio. Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. N° 3, 1999, p. 33-76, p. 63.

¹¹⁹ GARCÍA, “Los actuales principios rectores”, p. 64.

¹²⁰ En Alemania las tasas de reincidencia promedio son:

- 77,8 % en caso de pena privativa de libertad (“Jugendstrafe”).

- 59,7 % en caso de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad (“Jugendstrafe mit Bewährung”).

- 70% en caso de arresto (“Jugendarrest”),

- 31,7 % en caso de sanciones ambulatorias, BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (editor) 2. *Periodischer Sicherheitsbericht*. Berlin: 2006, en http://www.bka.de/lageberichte/ps/psb2_langfassung.pdf (consultado el 29 de marzo de 2007), p. 651 y ss.; OSTENDORF, “Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts”, p. 324.

Las cifras de reincidencia en Catalunya son parecidas: 62,8 % en caso de internamiento, 31,9 % en caso de libertad vigilada, 12,7 % en el caso de mediación, GENERALITAT DE CATALUNYA. *Justidata*. N° 42, 2005, p. 5.

¹²¹ ZIEGER, *Verteidigung in Strafsachen*, p. 24, n.m. 28.

una tasa de reincidencia menor que con aquellos autores primarios que fueron sometidos a arresto¹²².

En consecuencia, las altas tasas porcentuales de reincidencia respecto de las medidas privativas de libertad que se aprecian en Alemania y España, se explican por el hecho que las sanciones penales severas dañan aún más a los adolescentes que ya presentan serios quebrantos por circunstancias de vida. La aplicación de la agravante puede exponerlos de manera adicional a influencias aún más perjudiciales¹²³. Resultados similares muestran los estudios comparativos respecto de los mismos delitos, pero con consecuencias diversas establecidas al condenar. Es así, que existe una menor tasa de reincidencia cuando se imponen sanciones menos severas —en Hesse, Alemania— que en aquellos casos donde hay una mayor represión —así, Baviera, Alemania—¹²⁴. En definitiva, es importante que el juzgador tome en consideración los argumentos expuestos y atienda al *telos* de la ley de responsabilidad penal juvenil al momento de valorar la concurrencia de una agravante.

4.3. Principio de proporcionalidad

Finalmente, es cuestionable la aplicación de la agravante atendiendo el principio de proporcionalidad, expresamente recogidos en el Art. 40 N° 4 de la Convención de los Derechos del Niño y en las reglas de Beijing, en los apartados 5 y 17¹²⁵. En efecto, este principio constituye un elemento determinante que el tribunal debe considerar al imponer la sanción¹²⁶. Se refiere a la relación entre sanción, gravedad del hecho, las circunstancias individuales del autor y los objetivos político-criminales perseguidos¹²⁷. En términos concretos y respecto del sistema penal juvenil, la proporcionalidad *impone* a los jueces que apliquen aquellas sanciones más graves sólo en los casos que las menos graves no se estimen apropiadas para lograr el fin educativo perseguido. Como se ha señalado *supra* —y reconocido por la penología— no son, en general, las sanciones más graves de mayor eficacia para hacer frente a la reincidencia, sino, incluso, tendencialmente menos eficaces¹²⁸. Pues bien, considerando que las altas tasas de reincidencia en el ámbito juvenil se vinculan a la imposición de sanciones privativas de libertad¹²⁹,

¹²² WELLHÖFER, Peter R.. *Monatszeitschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. 1995, p. 42 y ss., citado por OSTENDORF, “Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts”, p. 324.

¹²³ OSTENDORF, “Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts”, p. 323.

¹²⁴ ZIEGER, *Verteidigung in Strafsachen*, p. 24, n.m. 28, OSTENDORF, “Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts”, p. 323.

¹²⁵ GEISSE/ECHEVERRÍA, “Bases y límites”, p. 106.

¹²⁶ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*. PG. T. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2003, p. 50; AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: Edersa. 1999.

¹²⁷ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal* PG. T. I, p. 49.

¹²⁸ BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (editor). *1. Periodischer Sicherheitsbericht*. Berlin: 2001, en http://www.bka.de/lageberichte/ps/psb_langfassung.pdf, p. 451 y ss., 610 (consultado el 29 de marzo de 2007); OSTENDORF, “Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts”, p. 323.

¹²⁹ Ver estadística n. 120.

ello nos lleva a concluir que éstas serían contraproducentes, o, por lo menos, ineficaces respecto al fin resocializador perseguido por la ley¹³⁰. En consecuencia, si la aplicación de la agravante lleva a un aumento significativo de la sanción caben serias dudas respecto a la eficacia de ésta, pues constituye un factor de relevancia en el fomento de la reincidencia y desfavorecería la reintegración del joven en la sociedad. La relación entre medida y fin conforme al principio de proporcionalidad podría, por tanto, verse cuestionado.

4.4. Otras apreciaciones. ¿Es posible que ciertos comportamientos dentro de los grupos juveniles configuren la eximente del Art. 10 N° 9 del Código Penal?

Sin bien el tema central de este informe se dirige a examinar la actuación de los grupos de pares juveniles y su relación con el Art. 456 *bis* N° 3 del Código Penal, nos parece interesante pronunciarse acerca del efecto de la dinámica de grupo en los jóvenes en la esfera de la culpabilidad. Concretamente, si la actuación individual, comprendida dentro del grupo, puede llevar a configurar una causa de exculpación.

En términos generales, y sin entrar en consideraciones de mayor profundidad, capaz de culpabilidad es quien puede ser objeto de un juicio de reproche, es decir, se dirige al que pudiendo obrar de manera diversa opta por la conducta prohibida¹³¹. En este sentido, la no exigibilidad del acatamiento a la norma es, además del conocimiento y el ánimo, presupuesto para el comportamiento delictivo culpable¹³². De la noción de exigibilidad de otra conducta se sigue pues, que el reproche de culpabilidad supone que el autor pudo actuar diversamente; por tanto, tal exigencia no concurre cuando se determina que el agente actuó, por ejemplo, motivado por una fuerza irresistible o un miedo insuperable —art. 10 N° 9 del Código Penal—. Como es sabido, dicha causal de exculpación puede invocarse a favor de quien ha actuado bajo ciertas circunstancias que pueden estimarse como extraordinarias o se trate de situaciones motivacionales anormales¹³³. La exigibilidad, presupone pues, por parte del autor una falta de dominio sobre el hecho, fundamentalmente por la ausencia de la libertad de éste para elegir y decidir un comportamiento diverso¹³⁴. Sin embargo, es preciso determinar, en cada caso, si la situación motivacional a que se enfrenta el sujeto

¹³⁰ ZIEGER, *Verteidigung in Strafsachen*, p. 25, n.m. 28.

¹³¹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho penal chileno. PG. 2ª ed.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 243.

¹³² ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, T. I, p. 343.

¹³³ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho penal chileno. PG. T. I. 3ª ed.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 525 y ss. y 559 y ss.; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones PG*, p. 338.

¹³⁴ COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho penal chileno. T. III.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1992, p. 233.

es de aquellas que permite exculpar al agente¹³⁵. En el supuesto concreto del adolescente, la fuerza o presión que se ejerce sobre éste, en forma de dinámica de grupo, tiene una particular intensidad que la que puede existir sobre un adulto.

En efecto, dado que el menor se encuentra en pleno proceso de desarrollo y en estado de inmadurez, la presión que sobre él ejerce el grupo de pares lo estimula de manera mucho más fácil. Es decir, como consecuencia de esa presión por parte del grupo, los participantes actúan de una manera distinta, al desplegar conductas que no harían si estuvieran solos. El menor se enfrenta a situaciones en que queda excluida o muy disminuida su capacidad para comportarse de manera distinta. Por lo tanto, tratándose del menor, en sus actuaciones dentro del grupo, no es posible hablar de una conducta individual, en cuanto a decisiones *libremente adoptadas*. En definitiva, frente a la interrogante, de si la fuerza ejercida por el grupo sobre el menor puede ser estimada como irresistible, sólo puede contestarse, tomando las circunstancias del caso concreto. Empero, sí es posible exigir a los diversos actores del proceso penal, particularmente a los jueces, atender las consideraciones recién expuestas en su resolución del juicio de culpabilidad sobre el joven acusado.

En el caso de no admitirse como causal de exculpación, es indudable que deben valorarse los supuestos esgrimidos para estructurar la circunstancia atenuante, conforme a lo dispuesto en el art. 11 N° 1 del Código Penal. Y es que el elemento substancial de la eximente se presenta, pudiendo faltar determinadas cualidades o circunstancias¹³⁶. Ese elemento substancial estaría dado, en general, por el efecto de la dinámica de grupo, que se va intensificando gradualmente, hasta el punto de poder llegar a determinar la actuación de los participantes, realizando actos que, de estar solos no ejecutarían. Por tanto, el juez debe considerar el grado de intensidad de la presión que el grupo pudo haber ejercido sobre el adolescente y de qué forma lo determinó en su actuación, de manera de poder resolver si se está frente a una eximente completa o, en su caso, ante la circunstancia atenuante del Art. 11 N° 1 del Código punitivo.

Raúl Carnevali Rodríguez, Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Talca y Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la misma universidad.

Eva Källman, Doctora en Derecho. Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca.

¹³⁵ COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal chileno*. T. III, p. 233, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones PG*, p. 343.

¹³⁶ ETCHEBERRY, *Derecho penal*. T. II, p. 18.